Die Gestaltung des Rechtes der Minderung bei einem Tauschvertrage.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Alfred Wiener

Referendar.

Breslau
Buchdruckerei der Schlesischen Volkszeitung
1911.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Professor Dr. Herbert Meyer.

Meinen Eltern!

Inhalts-Verzeichnis.

Literatur-Verzeichnis.

Bähr: Über die Berechnung des Minderwerts bei Mängeln ertauschter Sachen, im Archiv für praktische Rechtswissenschaft, 7. Bd. Marburg und Leipzig 1860, S. 67 ff.

Bechmann: Geschichte des Kaufes im römischen Recht, Erlangen 1876.

Bechmann: System des Kaufs nach gemeinem Recht, herausgegeben von Örtmann, Leipzig 1908.

Bernhöft: Kauf, Miete und verwandte Verträge in dem Entwurfe eines BGB. in Bekkers und Fischers Beiträgen zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes eines BGB., 12. Heft, Berlin 1889.

Beseler: System des Gemeinen deutschen Privatrechts, 1. Abt., Berlin 1873.

v. Bethmann Hollweg: Der römische Zivilprozeß, 1. Bd.: Legis actiones. Bonn 1864.

Bluntschli: Deutsches Privatrecht, 3. Aufl., besorgt von Felix Dahn, München 1864.

Bornemann: Systematische Darstellung des preußischen Zivilrechts mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landrechts, 3. Bd., Berlin 1835.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl., Erlangen 1882, 2. Bd., 3. Abteilung.

Das **Bürgerliche** Gesetzbuch, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Reichsgerichtsräten, 1. Bd., Nürnberg und Leipzig 1910.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 5. Aufl., Jena 1910.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 1902, Tübingen und Leipzig.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preußens, 2. Bd., Schuldverhältnisse, 2. Abt. 3. Aufl., Halle 1906.

Dernburg: Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, 2. Bd., 3. Aufl., Halle 1882.

Dewitz, v.: Über die Berechnung des Minderwerts bei der actio quanti minoris, Marburger Diss. 1890.

Eccius: In Gruchots Beiträgen, 43. Bd., 1889, S. 316 ff.

Eccius: Preußisches Privatrecht, bearbeitet auf der Grundlage des Werkes von Förster, 1. Bd., 1892, Berlin, 7. Aufl.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., 1. Bd. Berlin 1903.

Endemann: Das deutsche Handelsrecht, systematisch dargestellt, 3. Aufl., Heidelberg 1876.

Engelmann: Das bürgerliche Recht Deutschlands, 4. Aufl., Berlin 1906.

Fein: Beiträge zu der Lehre von der Novation und Delegation, Jena 1850.

Fischer-Henle: Das Bürgerliche Gesetzbuch, 7. Aufl., München 1906.

Förster: Theorie und Praxis des heutigen Gemeinen Privatrechts, 3. Aufl., 1. Bd., Berlin 1873.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt, 2. Aufl. 1901, Bd. I.

Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts, 2. Jahrgang, 1858.

Hanausek: Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware nach römischem und gemeinem Recht mit besonderer Berücksichtigung des Handelsrechts, 1. Abt. Berlin 1883.

Hellweg: über die Berechnung der Preisminderung bei der actio quanti minoris, im Archiv f. d. ziv. Pr. 59. Bd., Heidelberg 1876.

Hellwig: Anspruch und Klagerecht, Jena 1910.

Hoffmann: über die Verjährungs- und Währzeit bei dem Verkaufe mangelhafter Sachen, im Arch. f. praktische Rechtswissenschaft, 4. Bd. 1857, S. 177 ff.

Höniger: Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, Mannheim und Leipzig 1910.

Jaentsch: Denkschrift zum Entwurfe eines BGB., Berlin 1899.

Kisch: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB., Jena 1900.

Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB., Jena 1910.

Koch: Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, herausgegeben mit Kommentar in Anmerkungen, 8. Aufl., 1. Bd., 1884, Berlin und Leipzig.

Krasnopolski: Österreichisches Obligationenrecht. Herausgegeben und bearbeitet von Kafka, Wien 1910.

Kraushaar: über die Berechnung der Preisminderung bei der actio quanti minoris, in Heusers Kurhess. Annalen. 9. Bd., 1862, S. 75 ff.

Kuhlenbeck: Das BGB. für das deutsche Reich, 2. Aufl. 1. Bd., Berlin 1903.

Lukas: Über den Tausch, Dissertation Freiburg i. B. 1899.

Michaelis: Der 73. Bd. der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, in DJZ. 1910, Nr. 24, S. 1438.

Motive zum Entwurf eines BGB. für das deutsche Reich. 2. Bd. Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888.

Neumann: Handausgabe des BGB., 1. Bd., 3. Aufl., Berlin 1903.

Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl., Berlin 1906.
Planck: BGB. nebst Einführungsgesetz, 2. Bd., 3. Aufl., Berlin 1907.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. Berlin, 1. Bd. 1897, 2. Bd. 1898.
Puchta: Geschichte des römischen Rechts und des römischen Zivilprozesses, 10. Aufl., Leipzig 1893.
Reatz: Die zweite Lesung des Entwurfs eines BGB. für das deutsche Reich, unter Gegenüberstellung der 1. Lesung, 1. Bd., Berlin 1894.
Seeger: Über den Tausch. Diss. Rostock 1890.
Seuffert: Praktisches Pandektenrecht, 1. Bd., 2. Aufl., Würzburg 1848.
Sintenis: Das praktische gemeine Privatrecht, 2. Bd., 3. Aufl., Leipzig 1868.
Sörgel: Rechtsprechung zum gesamten Zivil-, Handels- und Prozeßrecht. Stuttgart 1910, 11. Jahrgang.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 8. Aufl., 2. Bd. Berlin 1907.
Staudinger: Kommentar zum BGB., 2. Bd. 1. Teil, 5./6. Aufl., 1910, und 3./4. Aufl., 1909, 5. Bd. Erbrecht.
Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts, 3. Aufl., Berlin 1898, 3. Bd.
Unterholzner: Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen, 2. Bd., Leipzig 1840.
Warneyer: Jahrbuch der Entscheidungen, A. Zivil-Handels- und Prozeßrecht, 9. Jahrgang, Leipzig 1911.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., 1906, 2. Bd.
Zachariä-Lingenthal: Handbuch des französischen Zivilrechts, bearbeitet von Crome, 8. Aufl., 1894, 2. Bd.
Zaun: Beiträge zur Lehre von den aedilitischen Klagen in Heusers Kurhess. Annalen, 4. Bd., Kassel 1857.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, 50. Bd., S. 285 ff.; 57. Bd., S. 399; 58. Bd., S. 424; 66. Bd., S. 75; 70. Bd., S. 199; 72. Bd., S. 299; 73. Bd., S. 88 und 152.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Gruchots Beiträgen, 24. Jahrgang, 1880, S. 888 ff.; 49. Jahrgang, 1905, S. 881; in Jur. Wochenschrift 1897, Nr. 53, S. 22.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, 15. Bd. 1875, S. 327.
Entscheidungen des Ober-Tribunals, 69. Bd. 1873.
Entscheidungen des Ober-Tribunals in Striehorsts Archiv, 82. Bd. 1872.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, 4. Bd.
Seufferts Archiv, 17. Bd. 1864 Nr. 128, S. 201; 18. Bd. 1865 Nr. 124, S. 197.

I. Ist eine Minderung bei einem Tauschvertrage zulässig?

Das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt in § 515:

„Auf den Tausch finden die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung“.

Eine Bestimmung des Begriffes „Tausch“ gibt das Gesetz zwar nicht. Indessen ist nach dem Inhalte und der Stellung des § 515 im Gesetzbuche, sowie nach dem Stande der deutschen Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsprechung beim Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs als Tausch im Sinne des § 515 der Vertrag anzusehen, bei dem sich jeder Teil verpflichtet, dem anderen Sachen oder Rechte gegen Sachen oder Rechte zu verschaffen[1]).

Der Tausch ist gerichtet auf den Umsatz eines individuellen Wertes gegen einen anderen individuellen Wert, wodurch er sich vom Kaufe unterscheidet[2]).

Der Schwerpunkt des Begriffes „Tausch“ liegt also gewissermaßen in einer Negative, nämlich darin, daß die Gegenleistung, nicht, wie beim Kaufe, mit Geld in seiner Eigenschaft als Wertmesser abgemacht wird, sondern wiederum in der Verschaffung einer Sache oder eines Rechtes besteht[3]).

Naturgemäß werden nun bei Tauschverträgen ebenso häufig als bei Kaufverträgen Sachmängel vorkommen. Ihre rechtliche Regelung durch Wandelung ist unbedenklich. Die Minderung jedoch könnte wohl auf Schwierigkeiten stoßen,

[1]) Kommentar d. Reichsgerichtsräte, I. Bd. 1910, Anm. 1 zu § 515, S. 399.

[2]) Mot. II, S. 366, § 502, RG. i. Z. 50. Bd., S. 285, 73. Bd. S. 88; Planck 1907, II. Bd. Anm. 1 zu § 515, S. 420; Staudinger, Komm. 1910, 5/6. Aufl. II. Bd. 1. Teil, Anm. zu § 515 II. Fischer-Henle, 7. Aufl. 06., Anm. zu § 515.

[3]) Staudinger, Anm. IIa zu § 515.

weil beim Tausche, anders als beim Kaufe, von einer Herabsetzung des (Kauf-)Preises, wie es im § 463 BGB. heißt, nicht die Rede sein kann. Diese theoretische Erwägung dürfte indessen den Forderungen des praktischen Lebens nicht entsprechen. Demgegenüber wird mit der Begründung, daß ein Preis nicht besteht, die Minderung von Cosack[1]) für unanwendbar auf den Tausch erklärt, und auch Bernhöft[2]), Kuhlenbeck[3]) und Seeger[4]) wollen wegen der angeblichen Unmöglichkeit ihrer praktischen Durchführung von ihr nichts wissen.

Daß von einer „Preisminderung“ beim Tausche nicht gesprochen werden kann, wird niemand leugnen wollen. Damit ist aber nicht gesagt, daß man nicht für den nur beim Kauf gegebenen Kaufpreis einen anderen aus der eingetauschten Individualleistung hergeleiteten Berechnungsfaktor setzen dürfte. Unser Bürgerliches Gesetzbuch erklärt ja auch die Vorschriften über den Kauf nur „entsprechend“ für anwendbar auf den Tausch und schließt hierbei das Minderungsrecht in keiner Weise aus.

Die Zulässigkeit der Minderung beim Tausch wird heute auch fast allgemein in Theorie und Praxis angenommen[5]), zumal das Reichsgericht in mehreren Entscheidungen die Art der Gestaltung des Minderungsrechtes seiner Beurteilung unterzogen hat, ohne erst näher die Zulässigkeitsfrage zu erörtern[6]).

---

[1]) Lehrb. d. bürg. R. 1910, I. Bd., S. 550, Anm. zu § 515.

[2]) a. a. O. S. 30.

[3]) S. 422, Vorbem. Abs. 2.

[4]) Diss. S. 25.

[5]) Planck, Komm. 3. Aufl., II. Bd., Anm. 2 zu § 515, S. 420; Neumann, Komm. z. BGB. I. Bd., S. 347, Anm. 3 zu § 515; Dernburg, bürgerl. Recht 06., 2. Abtl., § 199, S. 156, Anm. 7; Staudinger, a. a. O. S. 737, Anm. III, 2e; Endemann, a. a. O. I. Bd., S. 1017; Komm. d. RGR., Anm. zu § 473; Crome 02, 2. Bd., § 229, S. 500; Endemann, Handelsr. § 102, IVa.

[6]) Urt. v. 7. XII. 04 bei Gruch. 49, S. 889, Nr. 55; RG. i. Z. 72. Bd., S. 299 ff., 73. Bd., S. 152 ff.

Bereits die Römer haben kein Bedenken getragen, die actio quanti minoris beim Tausche zuzulassen[1]), ohne allerdings irgend welche bestimmte Regeln für ihre Durchführung aufzustellen[2]).

Die einzigen beiden Stellen, die über unsere Frage Aufschluß geben könnten, sind: Dig. 21,1 fr. 19, § 5 von Ulpian: Deinde aiunt aediles: „emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus". Pollicentor emptori actionem et successoribus eius qui in universum ius succedunt. emptorem accipere debemus, qui pretio emit. sed si quis permutaverit dicendum est utrumque emptoris et venditoris loco haberi et utrumque posse ex hoc edicto experiri; und Dig. 19,4 de permutatione l. 2 von Paulus: Aristo ait, quoniam permutatio vicina esset emptioni, sanum quoque furtis noxisque solutum et non esse fugitivum servum praestandum, qui ex causa daretur.

Diese Stellen ergeben, daß es eine actio quanti minoris auch beim Tausche gibt.

Auch im Gemeinen Recht hielt man eine Tauschminderung für zulässig[3]), und das Allgemeine Landrecht erklärt im § 318 I, 5 die Vorschriften über die Gewährleistung wegen fehlender Eigenschaften (§§ 325 ff. a. a. O.) ausdrücklich für maßgebend bei allen lästigen Verträgen, sofern nicht besondere Gesetze oder ausdrückliche Verabredungen ein anderes mit sich bringen, und nach § 370 I, 11 muß für den Fall, daß einer der Parteien nur ein Teil der eingetauschten Sache durch den Anspruch eines Dritten entzogen worden ist, der Wert beider vertauschter Sachen abgeschätzt und dann der Wert des entzogenen Teils verhältnismäßig bestimmt werden.

---

[1]) Dig. 21,1, l. 19 § 5, u. 19,4, l. 2.

[2]) Bähr im Arch. f. prakt. Rechtswiss. 7. Bd., S. 70; Zaun in Kurhess. Annalen, 4. Bd., S. 99; Bechmann, 2. Bd., S. 178, Nr. 4; Sintenis, 2. Bd., § 115, S. 599/600; Windscheid, Pand., II. Bd., § 398, S. 716, Anm. 3; Unterholzner, 2. Bd., § 486, S. 302, Nr. 3; Seuffert Pand. I. Bd., § 325, S. 172.

[3]) RG. bei Gruchot 24. Bd. 1880, S. 888 ff. Entsch. d. ROHG. 15. Bd. 1875, S. 327; Bähr, im Arch. f. prakt. Rechtswiss. 7. Bd., S. 67 ff.; Zaun in Kurhess. Annalen, 4. Bd., S. 99 ff.; Sintenis, a. a. O. S. 599.

II. Die Gestaltung des Rechtes der Minderung bei einem Tauschvertrage.

1. Abschnitt: Geschichtliche Entwickelung.

a) Das römische Recht.

Für das römische Recht besagen die beiden genannten Stellen, daß es beim Tausche eine actio quanti minoris gibt; für ihre praktische Gestaltung verweisen sie auf den Kauf. Es wird sich also fragen, wie die Römer beim Kaufe die Minderung durchgeführt haben.

Zur Bezeichnung des Inhalts der mit der actio quanti minoris geltend zu machenden Preisminderung finden wir in den Quellen die Ausdrücke: quo minoris, cum venirent, fuerint Dig. 21,1 l. 38 pr., quanti minoris, cum veniret, utrumque fuit 21,1 l. 38, § 13, quanti minoris homo, cum veniret, fuerit 44,2 l. 25, § 1 und andererseits: tantum debet praestare, quanti minoris emptor emisset, si scisset 21,1 l. 61 quanto minoris emptorem empturum fuisse, si scisset, 21,2 l. 32, § 1, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem 19,1 l. 13 pr.

Die ersten Stellen geben nur eine Umschreibung des Wortes Minderwert, die zweiten nennen das Ziel, das eine richtige Berechnung erreichen soll[1]). Sie geben, wie Brinz[2]) sagt, nur die Aufgabe, nicht die Lösung[3]).

Es geht aus ihnen nicht hervor, welche Faktoren die Römer miteinander verglichen haben, um die Wertminderung zu erhalten.

Vielleicht hat man den bedungenen Preis dem Werte der fehlerhaften Sache zur Zeit des Vertragsschlusses

---

[1]) Hellweg, a. a. O. S. 39.

[2]) a. a. O. S. 494.

[3]) Vgl. Förster-Eccius, PrPrR. 7. Aufl. 1. Bd., S. 506 IV, ROHG.-Entsch. Bd. 15, S. 327; Förster: Theorie u. Praxis 1873, 1. Bd., S. 491; Hanauseck, a. a. O. S. 128.

gleichgesetzt und hiervon den durch den Mangel verursachten Minderwert abgezogen, eine Regelung, die vielleicht auf der doppelten Bedeutung von „pretium“ beruht[1]).

Sicher aber dürfte sein, daß die Römer, wenn sie den Minderwert ermittelt hatten, die Minderung praktisch dadurch verwirklicht und durchgeführt haben, daß der Minderungsverpflichtete stets eine Geldzahlung leisten mußte, eine Minderung in natura selbst bei vertretbaren Sachen aber ausgeschlossen war. Denn diese Regelung entspricht dem Satze des römischen Zivilprozesses: „omnis condemnatio pecuniaria est“ der besagt, daß die condemnatio stets auf eine bestimmte Geldsumme gehen muß, mag auch sonst der Gegenstand der Forderung selbst sein, welcher er wolle[2]).

b) Die Theorien des gemeinen Rechts.

Im gemeinen Recht hat man die Frage in verschiedener Weise zu lösen versucht, indem man zunächst vom Kaufe ausging.

Nach der einen Theorie kann der Kläger den Wertunterschied der fehlerhaften Sache in fehlerfreiem und fehlerhaftem Zustande verlangen.

So wird vertreten für den Kauf von Kraushaar[3]) und von Dewitz[4]).

Um ihre Anwendbarkeit auf den Tausch würdigen zu können, wird es sich empfehlen, ihre Ergebnisse beim Kaufe zu prüfen.

Nach dieser Theorie würde, wenn der Wertunterschied der fehlerhaften Sache in fehlerfreiem und fehlerhaftem Zustande den Kaufpreis überstiege, der Käufer noch mehr

---

1) Bechmann, System des Kaufs nach gemeinem Recht. 1908, S. 163.

2) v. Bethmann Hollweg, Der römische Zivilprozeß 1864 I, § 110, S. 623, Puchta a. a. O. I. Bd., § 175, S. 538.

3) In Kurhess. Ann. Bd. 9, S. 73 ff.

4) Diss. S. 28 ff.

als den Kaufpreis zurückerhalten und außerdem die fehlerhafte Sache behalten.

Dieses Ergebnis ist aber unhaltbar[1]).

Außerdem steht diese Theorie mit der Natur der Minderungsklage, die eine Herabsetzung des Kaufpreises unter Aufrechterhaltung des Geschäftes herbeiführen will, im Widerspruch. Bei dieser Theorie läßt man den Käufer den wahren Wert der fehlerhaften Sache bezahlen, während doch — wie bei Festsetzung des Preises für die fehlerlose Sache der Preis sich mit dem wahren Werte der Sache nur ausnahmsweise deckt — auch der Preis für die fehlerhafte Sache sich nicht mit dem wahren Werte derselben zu decken braucht. Man läßt also den Käufer etwas anderes bezahlen, als er bei Kenntnis des Fehlers der mangelhaften Sache bezahlt hätte.

Beim Tausche würde diese Theorie folgendes unbillige Ergebnis zeitigen.

Angenommen, A. hätte seinen Hund gegen einen Papagei des B. vertauscht, und der Papagei hätte einen Fehler. Wäre der Wert des Papageis ohne den Fehler 200, mit dem Fehler 100, dann bekäme der Minderungsberechtigte 200—100=100 ersetzt. Hat nun der Hund des A. nur einen Wert von 90, dann müßte B. als neuer Eigentümer des Hundes dem Minderungsberechtigten A. noch etwas zuzahlen, obwohl die von ihm eingetauschte Sache, sein Tauschempfang, weniger wert ist, als seine Tauschhingabe.

Diese Theorie ist in einem Erkenntnis des Obergerichts zu Kassel vom 3. Oktober 1856[2]) vertreten worden.

Dieses Gericht führt aus, daß der Wert der Leistung des Klägers bei einem Tauschvertrage stets unbekannt bleibe und daß diese somit als unbekannte Größe auch nicht bei Berechnung des Minderwertes berücksichtigt werden

---

[1]) Vgl. Dernburg, Preuß. Privatrecht, 3. Aufl., 2. Bd., 1882, S. 374, Anm. 25.

[2]) Angeführt in dem Aufsatze von Zaun: Beiträge zur Lehre von den ädilitischen Klagen, in Kurhess. Annalen, 4. Bd., S. 100.

könne. Der Fehler sei vielmehr an und für sich absolut zu schätzen und deshalb sei zu fragen, um wieviel weniger der fehlerhafte Tauschgegenstand deswegen wert sei, weil er mit dem Fehler behaftet sei.

Das Obergericht Kassel will also lediglich den Wert der vertauschten mangelhaften Sache in mangelhaftem und mangelfreiem Zustande maßgebend sein lassen, und den Unterschied zwischen beiden dem Kläger zusprechen.

Dem steht entgegen die Natur der Minderungsklage. Wäre die actio quanti minoris auf das Interesse gerichtet, auf Schadensersatz, dann ließe sich die Ansicht des Kasseler Gerichts rechtfertigen. Die actio quanti minoris bezweckt aber Minderung der Gegenleistung — beim Kaufe des Preises, quanto minoris emisset, Dig. 21,1, l. 61 — und dies darf nicht außer acht gelassen werden.

Das Obergericht Kassel dürfte übersehen haben, daß die eingetauschten Gegenstände im Verhältnisse von Leistung und Gegenleistung zu einander stehen und läßt unberücksichtigt, daß die Kenntnis des Fehlers auch auf die Höhe der Gegenleistung von bestimmendem Einflusse gewesen wäre[1]).

Da die zweite Theorie, die — für den Kauf — für maßgebend hält den Unterschied zwischen dem Kaufpreise und dem wahren Werte der fehlerhaften Sache in ihrem mangelhaften Zustande, für den Tausch keine Vertreter gefunden hat, erübrigt es sich, auf sie hier näher einzugehen. Nur kurz sei bemerkt, daß bei dieser Berechnungsart, wenn die fehlerhafte Sache in ihrem fehlerhaften Zustande noch mehr wert wäre, als der Kaufpreis, eine Minderung ausgeschlossen wäre[2])[3]).

---

[1]) Mit denselben Gedanken wird diese Theorie von Zaun, a. a. O. S. 100/101 bekämpft.

[2]) Vertreten wird diese Theorie für den Kauf von Brinz, Pand., 1. Aufl. 1857, 2 Bd., S. 493 ff., Nr. 2 (vgl. aber auch die 2. Aufl. von Brinz, 1882, 2. Bd., S. 728, Anm. 62, in der Brinz seinen Standpunkt geändert hat), Fein, Novation und Delegation S. 17 ff; Förster:

Die dritte Theorie will die Leistung des Minderungsberechtigten verhältnismäßig herabsetzen.

Sie wird vertreten besonders von Hellweg[1]), Hoffmann[2]), Windscheid[3]), Gruchot[4]), Bähr[5]), Zaun[6]), Dernburg[7]), Bechmann[8]) und in einigen Entscheidungen der obersten Gerichte[9]).

Nach dieser Theorie soll der Kaufpreis (die Gegenleistung) herabgesetzt werden in dem Verhältnis, in dem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert der fehlerhaften Sache in fehlerfreiem Zustande zu dem Werte der gleichen Sache in fehlerhaftem Zustande gestanden haben würde.

In ihren Ergebnissen hält diese Ansicht die Mitte zwischen den oben behandelten und sie führt nie zu unmöglichen Ergebnissen.

Die Richtigkeit dieser Theorie — für den Kauf — ergibt sich mittelbar zum Teil schon aus der Unrichtigkeit der beiden anderen.

Theorie u. Praxis, 3. Aufl., 1. Bd., S. 491; Unterholzner, Schuldverh. § 469, Nr. 3, S. 277 u. vom Pr. Ob.-Trib. in Entsch. Bd. 69, 1873, S. 51 u. in Striethorsts Arch. Bd. 82, S. 38; auf demselben Standpunkt steht auch das BGB. für d. Königreich Sachsen? § 919.

[3]) Für ihre Widerlegung vgl. ERG. bei Gruch. 24. Bd., S. 888 ff.; RG. in JW. 1897 Nr. 53, S. 22; Entsch. d. ROHG. 15 Bd. Nr. 97, S. 327 ff.; Hellweg, a. a. O. S. 42; Windscheid, Pand. 06., 2. Bd. S. 688, Anm.; Eccius-Förster, PrPrR. 1. Bd., S. 506 ff.; Koch, Komm. z. ALR. I. Bd., S. 772, Anm. 26 zu § 206; Dernburg, PrPr. 3. Aufl., 2. Bd., S. 374 ff., Anm. 25.

[1]) a. a. O. S. 44 ff.

[2]) a. a. O. S. 182.

[3]) Pand. 1906, 2. Bd., S. 688.

[4]) Bd. II, 1858, S. 334.

[5]) a. a. O. S. 67 ff.

[6]) a. a. O. S. 80 ff.

[7]) PrPrR. 3. Aufl., 2. Bd., S. 375, Anm. 25.

[8]) System des Kaufs nach gemeinem Recht. II, 2, § 354, S. 163.

[9]) ROHG. 15. Bd., 1875, Nr. 93, S. 327; RG. bei Gruch. 24. Bd., 1880, Nr. 114, S. 888 OAG. Rostock in Seuff. Arch. 17. Bd., 1864, Nr. 128, S. 201; OAG. Lübeck in Seuff. Arch., 18. Bd., 1865, Nr. 124, S. 197.

Sie trägt dem Wesen der actio quanti minoris Rechnung[1]). Stellt der Käufer die Minderungsklage an, obwohl ihm auch die actio redhibitoria zusteht, so gibt er dadurch zu erkennen, daß er unter Aufrechterhaltung des Vertrages darin eine Herabsetzung des Kaufpreises erreichen will. Hieraus folgt, daß dem Verkäufer ein Teil seines durch günstigen Verkauf erzielten Gewinnes verbleibt, daß aber auch der Käufer, wenn er vorteilhaft gekauft hat, nicht seinen dadurch erzielten Gewinn einbüßt. Diese Wirkungen können nur dann erreicht werden, wenn der Kaufpreis verhältnismäßig herabgesetzt wird, und wenn neben dem Werte der fehlerhaften Sache in fehlerhaftem Zustande auch deren Wert in fehlerfreiem Zustande bei der Berechnung herangezogen wird[2]).

Diese dritte Theorie ist auch bereits in den römischen Quellen angedeutet[3]). Dem Käufer soll zustatten kommen, quanti minoris emisset si scisset (Dig. 21,1, l. 61, 21,2, l. 32, § 1, 19,1, l. 13 pr. § 4) wieviel er weniger gezahlt haben würde, wenn er die wahre Beschaffenheit der Ware gekannt hätte. Unbillig wäre es aber, wenn man bloß die subjektiven Ansichten und Neigungen gerade dieses Käufers bei Minderung des Preises[4]) in Betracht ziehen wollte. Dagegen ist zu fragen, was ein Käufer, der für eine fehlerfreie Sache einen so hohen Preis bezahlt, gegeben hätte, wenn er den Fehler gekannt hätte und was er verhältnismäßig weniger geboten haben würde, um in den Besitz der Sache zu gelangen. Das läßt sich aber nur ermitteln, wenn man in Betracht zieht, wieviel der Käufer für die für fehlerlos gehaltene Sache gezahlt hat. Hieraus

---

[1]) ROHG. 15. Bd., a. a. O.

[2]) So auch Zaun, a. a. O. S. 85. Dernburg, PrPrR. a. a. O. S. 375, Anm. 25.

[3]) RG. bei Gruch. 24. Bd., S. 888. Entsch. bei Seuff. 17. Bd., S. 201 ff., 18. Bd., S. 197 ff.; ROGH. 15. Bd., S. 327 ff.

[4]) Wie es Hellweg, a. a. O., S. 40 ff., annehmen will; dagegen Hanauseck, a. a. O., S. 130 und Entsch. bei Seuff., 18. Bd., a. a. O.

kann man dann schließen, wieviel er verhältnismäßig weniger gegeben hätte bei Kenntnis des Fehlers.

Nach den schon oben erwähnten Ausführungen von Zaun[1]) soll an die Stelle des Kaufpreises beim Tausch der Wert der Gegenleistung treten, die der Minderungsberechtigte hingegeben hat. Das gleiche hat das Reichsgericht in seinem Urteil vom 5. III. 1880[2]) für Recht erkannt.

Demnach würde in der nach der dritten, der relativen Berechnungstheorie aufzustellenden Gleichung auf der einen Seite einzusetzen sein der Wert der Gegenleistung (G) zu x (Wert der gesuchten herabgesetzten Gegenleistung) und auf der anderen Seite der Wert der mangelhaften vertauschten Sache ohne den Fehler (L) zum Werte derselben Sache mit dem Fehler (l).

Es wäre also G zu x wie L zu l oder $x = \frac{G \cdot l}{L}$.

Der Unterschied zwischen der Gegenleistung G und der durch die Gleichung gefundenen herabgesetzten Gegenleistung x (G — x) wäre dann der mit der Minderungsklage geltend zu machende Betrag.

Gegen diese Anwendung der actio quanti minoris beim Tausche könnte geltend gemacht werden, daß nicht der Wert der vom Kläger gegebenen Sache, sondern die Sache selbst eingetauscht sei, daß beim Tausche die beiden Tauschsachen ohne Rücksicht auf den Wert gegen einander ausgetauscht würden[3]), daß endlich dem Tausche ein so genaues Abwägen wie beim Kaufe fremd sei.

Man wird einen solchen Einwand nicht für ganz unbegründet halten können.

Das Reichsgericht hat in dem genannten Urteile kein Bedenken getragen, die Werte der beiderseitigen Tauschobjekte seiner Berechnung zugrunde zu legen, weil die

---

[1]) In Kurhess. Annalen, S. 100/101.

[2]) Bei Gruchot, 24. Bd., S. 888 ff.

[3]) So der Berufungsrichter in dem Reichsgerichtsurteil bei Gruchot, 24. Bd., S. 888 ff.

eine Partei außer der Hingabe ihrer Tauschsache einen Barzuschuß von 300 Mark gegeben habe, woraus hervorgehe, daß die Parteien auf den Wert der beiderseitigen Tauschsachen entscheidendes Gewicht gelegt hätten.

Diese Regelung der Frage, wie sie das Reichsgericht in jenem bestimmten Falle getroffen hat, gibt zu keinem Bedenken Anlaß, da sie dem Parteiwillen, der bei dem Tauschgeschäfte zum Ausdruck gekommen ist, Rechnung trägt.

Anders steht es dagegen, wenn keinerlei Anhalt vorhanden ist, welchen Wert die Parteien den beiderseitigen, objektiv verschieden zu wertenden Leistungen subjektiv beigelegt haben. Zaun[1]) will auch in diesem Falle, bezw. stets, die wahren Werte der beiderseitigen Tauschsachen als ausgetauscht gelten lassen; nur eine natürliche Folge dieser Absicht sei es, wenn man bei der Frage, welche geringere Gegenleistung die eine Partei aufgewandt haben würde, von dem wahren Werte der Gegenleistung ausgeht. Er beruft sich auf l. 1 de rerum permutatione Dig. 19,4, wonach jede der beiderseitigen Leistungen die Doppelnatur der merx und des pretium habe und schließt daraus, daß, wenn man die Gegenleistung als pretium betrachte, auch bei der Frage, um wieviel das pretium zu hoch sei, zunächst die Gegenleistung des Klägers mit dem allgemeinen Wertmesser, dem Gelde, gemessen werden müsse, wobei dann natürlich nur der wahre Wert entscheiden könne. Zaun hält seine Ansicht für bestätigt durch l. 19, § 5, Dig. 21,1:

Emptorem accipere debemus eum, qui pretio emit; sed si quis permutaverit dicendum est, utrumque emptoris et venditoris loco haberi, et utrumque posse ex hoc edicto experiri, wonach also der Kläger zu betrachten sei als ein solcher, welcher die ihm vertauschte Sache gekauft habe für das pretium der von ihm hingegebenen Sache, d. h. für ihren Geldwert.

---

[1]) a. a. O. S. 102.

Diese Ansicht, die für die Gegenleistung des Minderungsberechtigten ihren wahren Wert einsetzen will, wird von Bähr[1]) und Lukas[2]) bekämpft. Lukas führt aus, daß die Ansicht von Zaun die außerhalb der Unkenntnis des Mangels liegenden subjektiven Momente übersehe, welche Leistung und Gegenleistung als gleichwertig haben erscheinen lassen, und daß es willkürlich sei, an die Stelle der vom Standpunkt der Tauschenden aus gleichwertigen Leistungen deren meist ungleichwerte Tauschwerte zu setzen. Hierdurch würde somit eine im Sinne der Kontrahenten gar nicht vorhandene Wertdifferenz geschaffen.

Bähr und Lukas suchen die Frage zu lösen, indem sie sich aus den verschiedenen Werten der Tauschobjekte einen einheitlichen Kontraktswert herstellen, der für die Gegenleistung einzusetzen ist. Diesen finden sie, indem sie aus den beiden Werten das arithmetische Mittel ziehen, d. h. sie addieren die beiden Werte und dividieren ihre Summe durch 2.

Doch selbst das arithmetische Mittel hält Bahr noch nicht für die richtige Wiedergabe des Vertragswertes der beiden Tauschsachen. Er konstruiert außer dem arithmetischen noch das geometrische Mittel, indem er beide Tauschgegenstände miteinander multipliziert und aus dem Ergebnisse die Wurzel zieht, in der er den einheitlichen Vertragswert findet.

Bähr gesteht selbst zu, daß er sich mit der Anwendung des arithmetischen Mittels begnügen wolle, da es keine schwierigen Berechnungen erfordere und da in den Regelfällen des Tausches, wo beide Tauschobjekte verschiedenen Wert haben, auch der Unterschied zwischen den beiden Mitteln relativ verschwinde. Er empfiehlt deshalb selbst für die Praxis die Anwendung des arithmetischen Mittels, und sich im übrigen mit dem Satze zu trösten: minima non curat praetor.

---

[1]) Im Arch. f. prakt. Rechtswiss., a. a. O.

[2]) Lukas, Diss. S. 83.

Das geometrische Mittel dürfte für die Praxis nicht zu gebrauchen sein, da es nicht bloß stets das Ausziehen einer Quadratwurzel erfordert, sondern auch für den Fall, daß außer den Tauschgegenständen noch bare Tauschzugaben geleistet sind, zu den schwierigsten Rechnungen führt.

Doch auch eine Berechnung der Minderung mit Hilfe des arithmetischen Mittels hat das Reichsgericht in seinem Urteil vom 5. III. 1880 (bei Gruchot 24, S. 888) als „zu künstlich und jeder gesetzlichen Grundlage entbehrend" abgelehnt.

Nach allem wird für das gemeine Recht die dritte, die sogen. relative Berechnungstheorie, als die allein richtige zu gelten haben.

c) Das deutsche Recht.

Das ältere deutsche Recht hat für den Tausch keine besonderen Rechtsgrundsätze aufgestellt. Es werden deshalb die für den Kauf geltenden Regeln auch beim Tausche Anwendung finden können.

Es galt als Pflicht des Käufers, sich bei dem Handel gehörig vorzusehen, so daß er den Schaden zu tragen hatte, wenn er eine mangelhafte Sache gekauft und an sich genommen hatte[1]).

(„Augen auf oder Beutel auf!") Der Käufer hat, wenn er die fehlerhafte Sache besehen und in seinen Besitz genommen hat, keinerlei Anspruch gegen den Verkäufer mehr[2]).

Geltend gemacht werden durften lediglich Mängel, die selbst bei aufmerksamer Schau nicht entdeckt werden konnten, insbesondere aber Viehmängel, die dem Käufer verborgen geblieben, dem Verkäufer aber bekannt gewesen waren[3]).

---

1) Beseler, a. a O. III., § 105, S. 430; Bluntschli, a. a. O., § 117.
2) Stobbe, a. a. O., § 231, S. 304, Ziff. 7.
3) Beseler, a. a. O.

Soweit demnach dem Käufer überhaupt ein Gewährleistungsanspruch zustand, mußte er sich der actio redhibitoria bedienen; dagegen war die Minderungsklage dem älteren deutschen Recht unbekannt[1]).

d) Die Partikularrechte.

Das Preußische Allgemeine Landrecht hat für die Durchführung der Minderung beim Tausche keine Vorschrift aufgestellt.

Da nach § 364 ALR. I, 11, beim Tausche jeder Teil für die Sache, die er hingibt, als Verkäufer und für diejenige, die er empfängt, als Käufer anzusehen ist, finden also die für den Kauf gegebenen Vorschriften auf den Tausch entsprechende Anwendung. Außerdem erklärt § 318 ALR. I, 5, ausdrücklich die Vorschriften der §§ 325—328 ALR. über die Gewährleistung wegen fehlender Eigenschaften für maßgebend bei allen lästigen Verträgen. Nach § 328 kann beim Kaufe der Minderungsberechtigte so viel an Vergütung fordern, als die Sache wegen der fehlenden Eigenschaften weniger wert ist. Diese Vergütung ist nach § 206 ALR. I, 11, nach dem Gutachten vereideter Sachverständiger zu bestimmen.

In den angeführten Gesetzesstellen ist lediglich der Grundsatz aufgestellt, daß der Empfänger so viel an Vergütung fordern kann, als die Sache weniger wert ist; wie die Sachverständigen den Minderwert berechnen sollen und was sie dabei berücksichtigen sollen, sagt das Allgemeine Landrecht nicht[2]).

Einen Anhalt hierfür könnte der § 370 I, 11, bieten, wonach, wenn einer Partei nur ein Teil der eingetauschten Sache durch den Anspruch eines Dritten entzogen ist,

---

[1]) Beseler, a. a. O. S. 430; Bluntschli, a. a. O., § 117.

[2]) Oberamtsgericht zu Wolfenbüttel bei Striethorst, 82. Bd., 1872, S. 38; ROHG. 15. Bd., S. 327; Förster-Eccius, I. Bd., 1896, S. 506 IV, RG. bei Grusch, 24. Bd., 1880, S. 888.

beide vertauschte Sachen abzuschätzen sind und sodann der Wert des entzogenen Teiles verhältnismäßig bestimmt werden muß. Da hier das Allgemeine Landrecht den Grundsatz der Relativität, d. h. einer relativen Herabsetzung der einen Leistung auf den Fall der Entwehrung wegen Rechtsmängeln anwendet, so wird man nicht fehlgehen in der Annahme, daß es die gleiche Regelung will für die Herabsetzung der einen Tauschleistung wegen Sachmängeln der anderen Tauschsache[1]).

Auch der Code civil entscheidet unsere Frage nicht.

Art. 1707 bestimmt: „Toutes les autres règles prescrites pour le contrat de vente s'appliquent d'ailleurs à l'échange."

Es finden also die Regeln des Kaufes auch auf den Tausch Anwendung, mithin ist auch die Gewährleistungspflicht für Mängel der eingetauschten Sachen nach den Kaufvorschriften zu bemessen[2]).

Nach Art. 1644:

> „Dans le cas des art. 1641 et 1643 l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix, telle, qu'elle sera arbitrée par experts."

hat der Käufer wegen verborgener Mängel der Sache das Recht auf Preisminderung, also das Recht, die Sache zu behalten und einen Teil von dem Kaufgelde, der durch Sachverständige zu bestimmen ist, zurückzufordern.

Nach österreichischem Recht ist der Tausch ein Vertrag, wodurch eine Sache gegen eine andere überlassen wird. (§ 1045 ABGB.) Demnach erscheint beim Tausche, als einem entgeltlichen Vertrage, als natürlicher Bestandteil desselben, die Gewährleistungspflicht.

---

[1]) Vgl. Bornemann, PrZivR., 3. Bd., 1835, S. 117, 2. RG. bei Gruch. 24, S. 888.

[2]) Zachariä-Lingenthal, Französ. Zivilrecht, bearbeitet von Crome, 8. Aufl., 1894, 2. Bd., S. 534, § 340.

Sie ist gegeben bei physischen Mängeln der veräußerten Sache; wer einem Anderen eine Sache auf entgeltliche Art übergibt, leistet nach § 922 (ABGB.) Gewähr, daß die Sache „die gewöhnlich dabei vorausgesetzten Eigenschaften habe und daß sie der Natur des Geschäfts oder der getroffenen Verabredung gemäß verwendet werden könne“.

Liegt ein zu vertretender Mangel vor, so ist seine Wirkung nach Verschiedenheit des Mangels verschieden.

Ist eine bestimmte Beschaffenheit der Tauschsache bedungen, so macht der Mangel dieser Eigenschaft den Vertrag ungültig.

In den übrigen Fällen kann der Verkürzte, wenn der Mangel den ordentlichen Gebrauch der Sache verhindert und nicht zu beheben ist, gänzliche Aufhebung des Vertrages fordern; ist eine Nachbesserung möglich oder liegt ein Quantitätsfehler vor, so kann der Verkürzte die Beseitigung des Mangels oder Nachtrag des Fehlenden verlangen.

Immer aber ist dem Verkürzten ein Schadenersatzanspruch eingeräumt[1]). (§ 932.)

Liegt ein Mangel vor, der zwar nicht zu beheben ist, aber den ordentlichen Gebrauch der Sache nicht hindert, so ist ein Recht auf Wandlung ausgeschlossen.

Für diesen Fall will Krasnopolski[2]) dem Verkürzten ein Recht auf relative Preisminderung eingeräumt wissen.

Er nimmt deshalb auch für das österreichische Recht die Zulässigkeit der actio quanti minoris beim Tauschvertrage an.

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen läßt beim Tausche (§ 1138) auf die gegenseitigen Verbindlichkeiten die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung finden. Nach § 919 hat für den Fall, daß der Erwerber der Sache wegen verborgener

---

[1]) Vgl. Krasnopolski, Österreichisches Obligationenrecht, S. 136, Nr. 3.
[2]) a. a. O. S. 136 ff., Nr. 3c.

Mängel oder zugesicherter, jedoch nicht vorhandener Eigenschaften Minderung der Gegenleistung verlangt, der Veräußerer ihm soviel von der Gegenleistung zu erlassen oder soviel zu ersetzen, als die Sache ihrer Fehlerhaftigkeit wegen zur Zeit des Vertragsabschlusses weniger wert war als die Gegenleistung beträgt oder zu derselben Zeit wert gewesen ist.

Das sächsische Gesetzbuch hält also, wie oben, den Unterschied zwischen dem Werte der fehlerhaften Sache und der Gegenleistung für maßgebend. Das Ergebnis dieser Berechnungsart dahin, daß eine Minderung ausgeschlossen ist, wenn die fehlerhafte Sache trotz ihrer Fehlerhaftigkeit noch einen höheren Wert hat als die Gegenleistung, sucht der § 921 zu beseitigen.

Er lautet: „Ist eine Minderung der Gegenleistung nicht möglich, weil der Wert der Sache, ihrer Fehlerhaftigkeit ungeachtet, den Betrag der Gegenleistung erreicht oder übersteigt, so kann der Erwerber dessen ungeachtet Aufhebung des Vertrages verlangen.“

Nach § 920 ist eine mehrmalige Minderung zugelassen und der Minderungsanspruch verjährt nach § 923 bei beweglichen Sachen in 6 Monaten, bei unbeweglichen Gegenständen in einem Jahre.

Das Landrecht für das Großherzogtum Baden von 1867[1]) bestimmt im Satz 1707, daß alle übrigen Regeln des Kaufes auch beim Tausche gelten. Nach Satz 1644 kann sich der Käufer die Sache behalten und sich einen durch Sachverständigen bestimmten Teil des Kaufschillings zurückgeben lassen.

2. Abschnitt: Das geltende Recht.

a) Die Voraussetzungen der Geltendmachung der Minderung und ihre Vollziehung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Als Grundlage für die im § 515 BGB. vorgeschriebene entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Kauf

[1]) Amtliche Ausgabe.

auf den Tausch dient der Satz, daß jede der vertragschließenden Parteien als Verkäufer der Sache, die sie leistet und als Käufer der Sache, die sie empfängt, anzusehen ist[1]). Jede Partei hat also für den von ihr hingegebenen Tauschgegenstand nach den in den §§ 459 ff. gegebenen Vorschriften die Gewährleistung für Mängel zu übernehmen. Demgemäß kann jeder der Vertragsschließenden wegen eines Mangels, den der andere Teil nach den Vorschriften der §§ 459, 460 zu vertreten hat, Minderung verlangen.

Voraussetzung für die Geltendmachung des Minderungsanspruchs ist zunächst, daß zwischen den Parteien ein gültiger Tauschvertrag zustande gekommen ist. Bei einem solchen haftet jede Partei nach Absatz 1, § 459, für Fehler, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch zur Zeit des Gefahrüberganges aufheben oder mindern. Eine nach den Umständen des Einzelfalles unerhebliche Minderung des Werts oder der Tauglichkeit kommt hierbei nicht in Betracht. (Satz 2 a. a. O.) Der Haftung für die erheblichen Fehler des § 459, Abs. 1, steht die im Vertrage übernommene Haftung für zugesicherte Eigenschaften schlechthin gleich (§ 459, Abs. 2), womit bereits gesagt ist, daß bei Zusicherung die Erheblichkeit des Mangels keine Rolle spielt. Zusicherung liegt aber nur dann vor, wenn der Nehmer sie gefordert hat und nicht schon bei alleiniger reklamehafter Anpreisung seitens des Gebers[2]).

Nach § 460 BGB. ist ein Mangel der vertauschten Sache nicht zu vertreten, wenn ihn der Nehmer beim Vertragsschlusse kennt. Ob der Geber der fehlerhaften Tauschsache selbst von dem Mangel Kenntnis hat, ist an

---

[1]) Dieser im Entwurf 1 zum BGB. enthaltene Satz wurde von der Kommission als überflüssig gestrichen, da er einen materiellen Rechtssatz nicht enthalte. (Prot. II, S. 130, § 502.)

[2]) Vgl. Mot. II, S. 225; Staudinger, Anm. IV, 2; Fischer-Henle, Anm. 9 zu § 459.

sich gleichgültig, außer wenn der Mangel in dem Fehler einer zugesicherten Eigenschaft besteht und vom Geber entweder die Fehlerfreiheit zugesichert oder die Fehlerhaftigkeit arglistig verschwiegen ist. Im letzteren Falle haftet der Geber sogar bei grobfahrlässigem Übersehen des Mangels durch den Nehmer, während dieses sonst, wie nach dem deutschrechtlichen Satze, „wer die Augen nicht auftut, muß den Beutel auftun", allein den Nehmer belastet. Nur ein ausdrücklicher Rechtsvorbehalt wird den Nehmer gegen die Annahme einer mangelhaften Sache in jedem Tauschfalle schützen können.

Ist demnach überhaupt ein Mangel einer Tauschsache zu vertreten, so kann deren Nehmer nach § 462 Minderung verlangen.

Dabei ist jedoch die Minderung nicht eine Rechtsfolge kraft Gesetzes, sondern sie stellt sich als ein Anspruch dar, der von dem minderungsberechtigten Nehmer geltend gemacht werden muß. Vollzogen ist die Minderung nach § 465 BGB., wenn der Geber als Gegner sich mit ihr einverstanden erklärt.

Über den Inhalt des Minderungsanspruchs herrscht Streit. Die Anhänger der sog. Vertragstheorie[1]) sehen in dem Rechte auf Minderung das Recht auf Abschluß eines Preisminderungsvertrages. Der Gegenstand des Anspruchs sei die Einwilligung des Gebers in einen den Preis herabsetzenden Vertrag, durch den entweder ein Anspruch auf Rückzahlung des zuviel gezahlten Betrags begründet oder der Anspruch auf den zuviel geschuldeten Betrag aufgehoben werde. Der Klageantrag müsse daher auf Abschluß eines solchen Vertrages gerichtet sein und erst aus dem die Einwilligung ersetzenden rechtskräftigen Preisminderungsurteil ergebe sich ein aufs neue geltend zu machender Anspruch auf Preisminderung.

---

[1]) Endemann, 9. Aufl. 1903, S. 994, § 161, Anm. 36; Planck, a. a. O., 2. Bd., S. 366 ff., Anm. z. § 462; Hellwig, a. a. O., S. 383; Örtmann, a. a. O., S. 378 ff., Anm. z. § 465; Windscheid, Pand., 2. Bd., S. 703, Anm. 3a; Dernburg, Bürg. R. 06., 2. Abt., 2. Bd., S. 74 ff.

Die Gegner dieser Vertragstheorie[1]) dagegen gewähren dem Minderungsberechtigten einen direkten Anspruch auf Minderung. Der Kläger sei berechtigt, unmittelbar auf Minderung zu klagen; sein Anspruch gehe nicht auf Abschluß eines Minderungsvertrages, auf Erklärung des Einverständnisses des Gegners, sondern direkt auf Herabsetzung des Preises. Der § 465 BGB., der die Minderung als vollzogen feststelle, wenn sich der Geber auf Verlangen des Minderungsberechtigten mit ihr einverstanden erkläre, wolle nur besagen, daß mit diesem Zeitpunkt der Minderungsberechtigte sein „ius variandi" verliere. Der § 465 schiebe lediglich den Zeitpunkt, in welchem das Wahlrecht des Minderungsberechtigten ausgeschlossen werde, hinaus bis zur Einwilligungserklärung des Gegners.

Freilich könne die Minderung auch durch Vertrag vereinbart und dann auf Grund dieses Vertrages auf Herabsetzung des Preises geklagt werden, aber dies sei eben nicht der einzige Weg, auf dem die Minderung herbeigeführt werden könne. Das Reichsgericht hat in seiner Entscheidung in Band 59, S. 97, auf Grund des § 465 ausgesprochen, daß die Wandlung nicht schon durch einseitige Erklärung des Berechtigten, sondern erst mit Zustandekommen einer Willenseinigung der beiden Parteien vollzogen sei, eine Stellungnahme zur Vertragstheorie selbst aber abgelehnt und in seinem Urteil vom 16. 9. 1904[2]) hat es gleichfalls ohne Stellungnahme zur Vertragstheorie entschieden, daß die Wandlungsklage ohne vorhergehenden Antrag auf Verurteilung zur Einwilligung in die Wandlung sofort und unmittelbar auf Rücknahme der Sache, Rückzahlung des Preises ꝛc. gerichtet werden könne. Denselben Gedanken spricht bezüglich des Tausches RG. 70, 198 ff. aus

---

[1]) Eccius in Gruchots Beitr., 43. Bd., S. 316 ff.; Staudinger Komm. 1910, Anm. 4 zu § 462; Staub, Komm. 07., Bd. II, Anm. 60 zu § 377, S. 1622; Neumann, BGB., 3. Aufl. 03., I. Bd., S. 329; Kuhlenbeck, d. BGB. 1903, I. Bd., S. 388.

[2]) RG. in Zivilſ., 58. Bd., S. 424/425.

Bezüglich der Minderung hat es dieselbe Regelung in seinem Urteile vom 26. 4. 1907[1]) getroffen, wonach dem Käufer, dem Minderungsberechtigten, ein unmittelbares Klagerecht auf Minderung und deren Ausführung zustehe, und es hat ausgesprochen, daß in einem solchen Begehren nicht der Antrag auf Abschluß eines Preisminderungsvertrages liege.

Freilich hütet sich das Reichsgericht, mit klaren Worten sich für oder gegen die Vertragstheorie zu entscheiden; es spricht stets nur von der Möglichkeit, die klageweise Geltendmachung der Minderung ohne besonderen Antrag auf Einwilligungserklärung des Beklagten in die Minderung durchzuführen. Hierin dürfte aber (nur) eine Verwerfung der Vertragstheorie zu erblicken sein, da andernfalls das Reichsgericht einen Klageantrag auf Einwilligung in die Minderung erfordern müßte.

Für die Praxis dürfte die Vertragstheorie schon deshalb abzulehnen sein, weil nach ihr der Minderungsberechtigte bei konsequenter Durchführung immer zunächst oder wenigstens gleichzeitig auf Abschluß des Minderungsvertrages klagen müßte, ehe es ihm möglich wäre, auf Realisierung der Minderung zu klagen.

Gegen sie spricht weiter der § 478, nach welchem Wandlung und Minderung auch ohne Vertrag vollzogen werden können. Denn, wenn nach § 478 auch nach Vollendung der Verjährung dem Berechtigten ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht, so liegt in der Geltendmachung desselben zugleich die Geltendmachung des Wandlungs- und Minderungsrechtes, ohne daß es also eines Vertragsschlusses bedarf[2]).

Übrigens zwingt auch der Wortlaut des § 465 nicht, eine „Vertrags"theorie anzunehmen. Denn das Gesetz spricht nicht, wie sonst beim Vertrage, von „Antrag" und „Annahme"; der die Minderung Verlangende ist nicht an

[1]) RG. in Zivils., 66. Bd., S. 73 ff.

[2]) Staudinger a. a. O., Fischer-Henle, Anm. 3 zu § 465.

das Verlangen, wie an eine Offerte (§ 145 BGB.) gebunden; eine Form ist für das Verlangen der Minderung und die Einwilligungserklärung nicht erforderlich. Man kann also nicht behaupten, daß im Gesetz mit zwingender Deutlichkeit die Vertragstheorie ausgesprochen sei. Da aber andererseits das Gesetz an die Vertragsregelung erinnernde Ausdrücke gebraucht, nämlich von „Vollziehung" der Minderung und „Einwilligungserklärung" spricht, so wird man mit Staudinger (a. a. O.) annehmen können, daß man sich bei Abfassung des Gesetzes nicht bewußt geworden ist, daß man mit der Terminologie „Vollziehung" und „Einwilligungserklärung" zu Deutungen Anlaß geben könnte, die nicht beabsichtigt waren. Man wird demnach als vernunftgemäßen Sinn des Gesetzes annehmen müssen, daß es mit „Vollziehung" und „Einverständniserklärung" nur einen Weg zur bindenden Verpflichtung des Minderungsgegners hat zeigen, ihn aber nicht als den einzigen Weg hat bestimmen wollen. Die gemachten Ausführungen ergeben, daß eine Bindung des Vertragsgegners zur Minderung herbeigeführt werden kann durch förmlichen Vertrag, durch Einwilligungserklärung des Minderungsverpflichteten und durch gerichtliches Urteil, zu dessen Erlangung aber nicht erst ein Klageantrag auf Einwilligung in die Minderung erforderlich ist.

b) Die Berechnung und praktische Durchführung der Minderung.

Die Berechnung der Minderung findet ihre Regelung in den §§ 472 ff. Entsprechend auf den Tausch angewandt besagt § 472, daß bei der Minderung die Gegenleistung in dem Verhältnis herabzusetzen ist, in dem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert der Tauschsache in dem mangelfreien Zustande zu dem wirklichen Werte gestanden haben würde.

Ist, wie beim Kaufe, die Gegenleistung in Geld festgesetzt, so ist die Minderung leicht durchzuführen. Ist

dies nicht ausschließlich oder überhaupt nicht der Fall, z. B. wenn ein Haus gegen ein anderes vertauscht worden ist, so ergeben sich Schwierigkeiten.

Auf diese Schwierigkeiten war bereits in der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs[1]) hingewiesen worden. Es war geltend gemacht worden, daß in der Anwendung auf den Tausch die Minderung sich stets als ein künstliches und unpraktisches Institut erweisen werde, das überdies den Gegner ungebührlich belaste. Die Frage solle besser der Rechtsprechung überlassen bleiben, zumal auch das preußische Recht sie nicht in einer ausdrücklichen Bestimmung entscheide.

Die Mehrheit der Kommission dagegen hielt eine Einfügung des § 473 BGB. gerade deshalb für besonders erwünscht, da er in der Anwendung auf den Tausch von besonderer praktischer Bedeutung werde. Diese Anwendung führe hier zu den gleichen Ergebnissen, zu welchen die Praxis des preußischen Rechts gelangt sei, die wiederholt die Billigung des Reichsgerichts gefunden habe. Derjenige, welcher eine fehlerhafte Sache als Tauschobjekt gegen eine fehlerfreie Sache hingegeben habe, müsse dem minderungsberechtigten anderen Teile denjenigen Betrag zahlen, der sich ergebe, wenn man den Wert, welchen die fehlerfreie Sache zur Zeit des Tausches gehabt hat, im Verhältnisse des Wertes der fehlerhaften Sache ohne den Fehler zum Werte derselben Sache mit dem Fehler zu der gleichen Zeit herabsetze.

Da nun die Ansicht der Mehrheit der Kommission im § 473 BGB. für den Kauf Gesetz geworden ist, andererseits gerade beim Tausche in der Regel der Fall vorliegen wird, daß jede der Gegenleistungen in einer unvertretbaren Sache besteht, so bietet uns für die Durchführung der Minderung beim Tausch der § 473 die Lösung.

---

[1]) Prot. I, S. 697.

Nach § 473 sind, wenn Leistungen nicht vertretbarer Sachen bedungen sind, diese Leistungen nach ihrem Werte zur Zeit des Verkaufs in Geld zu veranschlagen.

Die Minderung wird dann in der Weise durchgeführt, daß zunächst der in Geld festgesetzte Preis herabgesetzt wird. Reicht dieser nicht aus, so hat der Verkäufer einen noch zu vergütenden Betrag dem Käufer herauszuzahlen; die unvertretbaren Sachen bleiben also unangetastet.

Der Fall, daß kein Teil der Gegenleistung in Geld festgesetzt ist, ist natürlich im § 473 nicht erwähnt, weil er bei dem dort behandelten Kaufe nicht vorkommen kann. Es steht aber nichts im Wege, den § 473 auch dann anzuwenden, wenn die Gegenleistung, wie regelmäßig beim Tauschvertrage, ausschließlich in einer nicht vertretbaren Leistung besteht; vielmehr wird hier dieser Grundsatz von besonderer Wichtigkeit sein[1]).

Die Minderung würde also beim Tausche praktisch durch eine Herauszahlung in Geld an den minderungsberechtigten Nehmer durchgeführt werden. Wie beim Kaufe neben dem Kaufpreise nicht vertretbare Leistungen geschuldet werden können, ohne daß damit der Vertrag seiner Natur als Kaufvertrag entkleidet wird, so kann beim Tausche, ohne daß seine Natur des Tauschvertrags verloren geht, eine Geldzahlung als Nebenleistung, eine Tauschzugabe ausbedungen sein[2]). An ihr wird dann zunächst eine Minderung vorzunehmen sein. Erst wenn die Tauschzugabe

---

[1]) Uebereinstimmend: Entsch. d. RG. i. Z., 72. Bd., S. 299 ff., Urt. v. 3. XII. 09, 73. Bd., S. 152 ff., Urt. v. 12, III. 1910; Planck 07., 2. Bd., Anm. 2 zu § 322, S. 145 u. Anm. 3 zu § 473, S. 382; Staudinger, 5/6. Aufl. 1910, Anm. 7 zu § 473, S. 668; Neumann, BGB., 1. Bd., S. 333, Anm. 3 zu § 473; Crome, 2. Bd. 02., § 229, S. 500; Höniger: Die gemischten Verträge, S. 80; Kisch, Die Wirkung d. nachträgl. eintret. Unmöglichkeit d. Erfüll., S. 176 u. Prot. I, S. 697; Örtmann, Schuldverh. 06, § 473, Anm. 2, Nr. 5, S. 393 ff; Endemann, 9. Aufl. 03, S. 1017, Anm. 1.

[2]) RG. i. Z., 72. Bd., S. 299 ff., 73. Bd., S. 152 ff; Planck, Anm. 1 zu § 515; Staudinger, Anm. III, 2e zu § 515.

in Geld zur Deckung des Minderungsanspruchs nicht ausreicht, kann der Minderungsberechtigte verlangen, daß der andere Teil ihm den Restbetrag bar hinzuzahlt.

Die ausgeführten, für den Tausch grundlegenden Sätze sind ausdrücklich vom Reichsgericht in einer Entscheidung vom 3. September 1909[1]) für richtig erklärt worden.

Dem Urteil lag folgender Tatbestand zugrunde.

Kläger vertauschte im Jahre 1905 sein Wohnhaus an die Eheleute G. und tauschte dafür ein diesen gehöriges Gasthaus ein. Außerdem entrichtete Kläger eine bare Tauschzugabe von 2500 Mark. Beide Teile übernahmen auf den Tauschgrundstücken lastende Hypotheken. Unter den vom Kläger übernommenen, auf dem Gasthause lastenden Hypotheken befand sich eine für die Eheleute Sch. für eine ratenweise abzutragende Kaufpreisschuld von 15000 Mark eingetragene Hypothek. Im Jahre 1906 starb der Ehemann G. und über seinen Nachlaß wurde eine Nachlaßverwaltung angeordnet. Im Jahre 1907 wurde das vom Kläger eingetauschte Gasthaus im Zwangswege versteigert. Die darauf eingetragene Hypothek der Eheleute Sch. fiel hierbei aus und wurde gelöscht. Der Kläger erhob mit der Behauptung, die zu dem eingetauschten Gasthause gehörigen Gebäude seien mit Schwamm und Trockenfäule behaftet, gegen die Witwe G. und den Nachlaßverwalter Minderungsklage auf 10000 Mark nebst Zinsen. Die Beklagten machten neben anderen Einwendungen geltend, sie seien zur Verweigerung der mit der Klage verlangten Leistung berechtigt, bis der Kläger sie von der an die Eheleute Sch. abzutragenden Kaufpreisschuld befreit habe.

Das Landgericht verurteilte die Beklagten zur baren Zahlung des Betrages der vom Kläger geleisteten Tauschzugabe von 2500 Mark. Wegen der übrigen 7500 entsprach es dem Antrage des Klägers mit der Beschränkung, daß die Zahlung der Beklagten zu erfolgen habe Zug um Zug

---

[1]) RG. i. Z., 72 Bd., S. 299 ff.

gegen Befreiung von deren Schuld an die Eheleute Sch. Das Berufungsgericht sah als Leistung des Klägers lediglich die Barzahlung von 2500 Mark und die Übernahme von Schulden an. Wegen der 2500 Mark hielt es den Anspruch des Klägers für begründet, desgleichen aber ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten, deshalb, weil von der Hypothekenforderung der Eheleute Sch. 3000 Mark fällig und auf Grund des Tauschvertrages vom Kläger an die Gläubiger zu zahlen seien. Weiter meint das Berufungsgericht, daß der dem Minderungsberechtigten zustehende Ausgleich nur in einer Befreiung von einem entsprechenden Teile der neben der Barzahlung von 2500 Mark übernommenen Schulden, also überhaupt nicht in einer Zuzahlung der Beklagten in Geld, bestehen könne. Lediglich mangels eines entsprechenden Antrages hat es unterlassen, die Klage für den Betrag von 7500 Mark abzuweisen.

Das Reichsgericht sieht in den Ausführungen des Berufungsgerichts eine Verletzung der nach § 515 BGB. auf den Tausch entsprechend anzuwendenden Vorschriften über den Minderungsanspruch des Klägers. Es rügt, daß das Berufungsgericht die Hauptleistung des Klägers, die Hingabe seines Wohnhauses ganz übergangen habe. Für den Fall, daß der Kläger als einzige Gegenleistung sein Haus hingegeben hätte, wäre bei der Unteilbarkeit dieser Leistung kein Zweifel darüber, daß die Minderung, die doch die Verhütung einer ungerechtfertigten Bereicherung des einen Teiles unter Aufrechterhaltung des Geschäftes bezwecke, nur im Wege einer Geldzahlung durchgeführt werden könne. Die Annahme, durch die Rückgabe der vom Kläger geleisteten baren Tauschzugabe sei die Verpflichtung des Minderungsbeklagten erschöpft, widerstreite der entsprechenden Anwendung der Vorschrift des § 473 auf den Tausch. Nach diesem finde der Ausgleich in der Form einer Ermäßigung der Leistungen des Käufers nur solange statt, als Geld oder

vertretbare Sachen Leistungsgegenstand sind; im übrigen trete an die Stelle der Minderleistung des Käufers eine Geldzahlung des Verkäufers. Diese Regeln seien für den Tausch von besonderer Bedeutung und die aus ihnen folgende Beschränkung der Aufhebung des Geschäfts entspreche hier durchaus dem Zwecke der Minderung, unter Aufrechterhaltung des Geschäfts ein etwa sich herausstellendes Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung auszugleichen.

Das Verlangen des Klägers auf Zahlung der geforderten Summe ist somit vom Reichsgericht für wohlbegründet erklärt worden.

Hiermit stimmt das oben Gesagte überein, daß, soweit die Leistung des Minderungsberechtigten neben unvertretbaren Sachen auch in Geld besteht, die Herabsetzung zunächst an dem Gelde stattfindet und erst, wenn dieses nicht ausreicht, der Minderungsverpflichtete dem anderen Teile eine Geldzahlung zu leisten hat.

Besteht die Leistung des Minderungsberechtigten in vertretbaren Sachen, — bewegliche Sachen, die im Verkehre nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen (§ 91 BGB.), — so wird die Minderung in derselben Weise durchgeführt, als wenn auf Seiten des Minderungsberechtigten, wie beim Kaufe, eine Geldleistung gemacht worden ist[1]). Es wird also in einem solchen Falle der § 472 BGB. entsprechende Anwendung finden und eine quotenmäßige unmittelbare Minderung in natura erfolgen[2]). Die Leistung der vertretbaren Sachen wäre demnach in dem gemäß § 472 BGB. zu bestimmenden Verhältnisse entsprechend zu mindern. Diese Minderung ist leicht zu vollziehen, wenn die vertretbaren Sachen sich durch den

[1]) Kisch, Unmöglichkeit der Erfüllung, S. 176.

[2]) Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen, S. 136, Enneccerus-Lehmann, I, § 247 III, S. 540. Komm. der RGR. I, Anm. 1 zu § 473, S. 374. Staudinger Komm., Anm. 4 zu § 473, S. 666 ff. Planck, Anm. 1 zu § 473.

Minderungsfaktor teilen lassen und dieser ohne Rest in ihnen aufgeht. Soweit diese quotenmäßige Minderung in natura aber nicht völlig möglich ist und ein noch zu mindernder Bruchteil übrig bleibt, wird die Minderung bezüglich des Restes durch eine Geldzahlung durchgeführt werden müssen.

Die Höhe des mit der Minderungsklage geltend zu machenden Betrages wird berechnet nach der gemäß § 472 BGB. aufzustellenden Gleichung, die die Leistung des minderungsberechtigten Nehmers in dem Verhältnis herabsetzt, in dem der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Werte gestanden haben würde. Es wird sich nun fragen, was verhältnismäßig zu mindern ist, der objektive Wert der Leistung oder etwa ein von den Parteien für die Leistung des Minderungsberechtigten veranschlagter Wert. Das Reichsgericht hat diese Frage in seinem Urteil vom 16. 3. 1910[1]) entschieden, dem folgender Sachverhalt zugrunde liegt. Die Parteien hatten Grundstücke gegeneinander vertauscht und der Kläger verlangte wegen Sachmängeln Preisminderung. Der Beklagte verlangte, daß bei der nach den §§ 472, 473 aufzustellenden Gleichung der Wert des von ihm in Tausch genommenen Grundstücks nicht nach der vertragsmäßigen Preisbestimmung mit 210000 Mark, sondern entsprechend der wirklichen Werthöhe nur mit 70000 Mark berücksichtigt werde. Das Reichsgericht trat dem Beklagten bei und führte aus, daß dem Kaufpreise, von dem in den §§ 472, 473 die Rede sei, bei Tauschgeschäften der von den Vertragschließenden für die einzelnen Tauschobjekte vereinbarte Annahmepreis keineswegs gleichstehe; vielmehr trete an die Stelle des Kaufpreises der objektive Wert der die Gegenleistung bildenden Tauschsache.

Diese Ansicht des Reichsgerichts dürfte zu Bedenken Anlaß geben[2]) und zwar aus folgenden Gründen:

---

[1]) RG. i. Z., 73. Bd. 1910, S. 152 ff.

[2]) S. auch die Besprechung des 73. Bds. der Entsch. d. RG. i. Z. von Michaelis, DJZ. 1910, Nr. 24, S. 1438.

Das Bürgerliche Gesetzbuch will bei einem Vertragsschlusse grundsätzlich dem Vertragswillen der Parteien Rechnung getragen und das Vertragsverhältnis so gestaltet wissen, wie die Parteien selbst es übereinstimmend gestaltet wissen wollen.

Diesem Grundgedanken tragen auch die §§ 472, 473 BGB. Rechnung, nach welchen bei einem Kaufe der Kaufpreis gemindert wird, in dem zum Ausdruck kommt, wie die Parteien die Gegenleistung übereinstimmend eingeschätzt haben. Hieran wird auch nichts dadurch geändert, daß die unvertretbaren Leistungen, die neben dem Kaufpreise als Verpflichtung des Käufers bedungen sein können, nach § 473 nach ihrem wahren Werte zur Zeit des Verkaufs in Geld veranschlagt und dem Kaufpreise hinzugerechnet werden. Diese unvertretbaren Leistungen bleiben beim Kaufe immer nur Nebenleistungen, eine Zugabe zum Kaufpreise. In jedem Falle bleibt die Hauptleistung des Käufers der subjektiv bestimmte Preis und eine etwa noch bedungene, nicht vertretbare Nebenleistung tritt in den Vorstellungen der Parteien dem Kaufpreise gegenüber an Bedeutung zurück. Wenn also bei einem Kaufe, bei dem die Gegenleistung (der Preis) neben einer Geldleistung noch in unvertretbaren Leistungen besteht, diese unvertretbaren Leistungen ihrem wahren Werte nach in Geld veranschlagt und zum Kaufpreis addiert werden, und dann der so gefundene Kaufpreis nach § 472 herabgesetzt wird, so stellt sich doch das Wertergebnis aus den §§ 472, 473 als ein solches dar, das den Anschauungen der Parteien über den Wert von Leistung und Gegenleistung fast genau entspricht. Also auch bei einer nach § 473 erforderlich werdenden Berechnung wird der dem Grundsatz der Minderungsberechnung beim Kaufe innewohnende subjektive Gedanke gewahrt.

Beim Tausche haben die Parteien beim Abschluß des Vertrages den beiderseitigen Tauschsachen bestimmte Werte beigelegt. Ihren Anschauungen muß auch bei einer

Minderung Rechnung getragen werden. Wie schon gesagt, ist hier das Vorhandensein nicht vertretbarer Leistungen auf beiden Seiten die Regel. Es ist also, da jede Leistung als der Preis der anderen anzusehen ist, auch bei diesen unvertretbaren Leistungen der subjektive Gedanke zur Geltung zu bringen, wenn nicht der oben genannte Grundsatz des bürgerlichen Rechts, den beim Vertragsschluß vorhandenen Willen der Parteien in erster Linie zu berücksichtigen, verletzt werden soll. Jenem Grundsatz steht es entgegen, wenn bei Berechnung der Minderung der wahre Wert der zu mindernden Leistung und nicht der von den Parteien ihr beim Vertragsschlusse nach freiem Willensentschlusse übereinstimmend beigelegte Wert zugrunde gelegt wird.

Der § 473 wird demnach gemäß § 515 auf den Tausch nur dann „entsprechend" angewandt, wenn auch hier der subjektive Gedanke der freien Preisbestimmung, der im § 473 für den Kauf gewahrt ist, bei der Berechnung der Minderung zur Geltung kommt. Würde man der Ansicht des Reichsgerichts folgen, so würde man den § 473 zwar wörtlich aber nicht „entsprechend" auf den Tausch anwenden und man würde die inneren in dem Wesen der beiden Rechtsinstitute — Kauf und Tausch — liegenden Verschiedenheiten außer acht lassen.

Es kommt also in erster Linie bei Berechnung der Minderung der mangelfreien Tauschsache der von den Parteien ihr ausdrücklich beigelegte Wert in Betracht. Haben die Parteien keine derartige Bestimmung getroffen und haben beide Tauschgegenstände gleichen Wert, dann setzt man den wahren Wert der fehlerfreien Sache in die nach § 472 aufzustellende Gleichung ein und wird hier stets zu einem befriedigenden Ergebnis kommen.

Wie sich die Minderung gestaltet, wenn die Tauschgegenstände verschiedenen Wert haben und wenn die mangelfreie Gegenleistung nach ihrem wahren Wert veranschlagt wird, soll folgendes Beispiel zeigen:

A. vertauscht ein Haus im Werte von 60000 Mark und soll dafür ein dem B. gehörendes Grundstück im Werte von 50000 Mark erhalten. Infolge sich herausstellender Mängel wird das Grundstück des A. (60000 Mark) halb entwertet, ist also nur noch 30000 Mark wert. B. macht Minderung geltend. Nach der nach § 472 aufzustellenden Gleichung 60000 zu 30000 wie 50000 zu x., x. = 25000 Mk., beträgt x., die verkürzte Gegenleistung des B., 25000 Mark. Den Unterschied zwischen dem Werte seiner Leistung 50000 Mk. und der verkürzten Gegenleistung 25000 Mk, also 50000 — 25000 = 25000 Mk. kann er heraus verlangen. Er bekommt also im ganzen 30000 + 25000 = 55000 Mk. anstatt eines ursprünglichen Wertes von 60000 Mark und büßt somit 5000 Mark ein.

Man wird dieses Ergebnis nicht als unbillig bezeichnen dürfen, da ja dem B. immer noch ein Gewinn von 5000 Mark verbleibt und andererseits die Kürzung seines erhofften Gewinns von 10000 Mk. um die Hälfte seinem so wie so geschädigten Gegner zugute kommt.

Keinen Anhalt für die Berechnung der Minderung bietet uns das Gesetz, wenn beide Tauschsachen fehlerhaft sind und jede Partei Minderung verlangt.

Angenommen, bei obigem Beispiel wären beide Häuser halb entwertet worden, so würde sich die Gleichung ergeben: 60000 zu 30000 wie 50000 zu 25000, also 2 zu 2.

Es hätte also keiner dem anderen etwas herauszuzahlen, ein Ergebnis, das von vornherein einleuchtet.

Ist der beiderseitige Minderwert verschieden, das eine Grundstück bloß z. B. $^3/_4$, das andere bloß $^1/_2$ so viel wert, als es in fehlerfreiem Zustande wert wäre, so ergebe sich die Gleichung: 60000 zu 45000 wie 50000 zu 25000, oder 2 zu 3. Es wäre dann jede Leistung auf $^2/_3$ herabzusetzen, also auf 40000 und 33333. Daher hätte A. 20000 und B. 16667 oder A. an B. 3333 Mk. herauszuzahlen.

Hat ein Vertragsteil mehrere Tauschsachen hingegeben und hat der Nehmer als Gegenleistung nur eine Tausch-

sache geleistet, so ist bei Mangelhaftigkeit einer der mehreren Tauschsachen bei der Berechnung der Minderung der Gesamtwert aller Sachen zugrunde zu legen (§§ 472 Abs. 2).

c) Beteiligung von mehreren Berechtigten oder Verpflichteten.

Sind an einem Tauschvertrage auf einer oder beiden Seiten mehrere Personen beteiligt, so kann nach § 474 von jedem und gegen jeden Minderung verlangt werden. Gleichgültig ist, ob diese Mehrheit von Personen als ursprünglich Berechtigte von vornherein an dem Geschäfte teilgenommen haben oder ob mehrere als deren Erben oder Rechtsnachfolger an die Stelle der ursprünglich Berechtigten getreten sind[1]. Die Vollziehung der von einem der Beteiligten verlangten Minderung bewirkt weiter den Ausschluß der Wandelung wegen des gleichen Mangels. (§ 474, Abs. 2.)

d) Wiederholte Minderung.

Handelt es sich dagegen um einen anderen, einen neuen Mangel, so wird durch einen früheren Minderungsvollzug das Recht des oder der beteiligten Nehmer, Wandelung oder von neuem Minderung zu verlangen, nicht ausgeschlossen (§ 475), während vor Minderungsvollzug nach § 465 wegen eines neuen Mangels weitere über die zuerst verlangte hinausgehende und diese einschließende Minderung vom Nehmer verlangt werden kann. Wird der Mangel entdeckt, bevor die erste Minderung vollzogen ist, so wird die Frage, ob in dem Umstande, daß der Minderungsberechtigte von mehreren ihm bekannten Mängeln nur einen geltend macht, ein Verzicht auf die Verfolgung des zweiten liegt, nach den Umständen des einzelnen Falles entschieden werden müssen. Bei der zweiten Minderung ist natürlich das Ergebnis der ersten in Betracht zu ziehen.

---

[1]) Mot. II, S. 237, Komm. d. RGR., Anm. zu § 474, S. 375; Staudinger, Anm. 2 zu § 474.

An die Stelle der mangelfreien Gegenleistung tritt im Falle des § 475 der Wert, der sich durch die Anwendung der nach §§ 472, 473 aufzustellenden Gleichung ergeben hat.

e) Nichtigkeit der vertragsmäßigen Beschränkung der Gewährleistungspflicht.

Eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung einer Partei, für die von ihr hingegebene Tauschsache wegen Mängeln derselben Gewähr zu leisten, erlassen, erweitert oder beschränkt wird, ist bei der nachgiebigen Natur der Bestimmungen der §§ 459 ff. an sich zulässig. Eine derartige Vereinbarung, die den Erlaß oder die Beschränkung der Verpflichtung zur Mängelgewährleistung ausspricht, ist jedoch nach § 476 dann nichtig, wenn der Geber der mangelhaften Sache den Mangel arglistig verschweigt.

f) Verjährung des Minderungsanspruchs.

Der Anspruch auf Minderung unterliegt nach § 477, Abs. 1, einer kurzen Verjährungsfrist von 6 Monaten bei beweglichen Sachen, gerechnet von der Ablieferung, von einem Jahre bei Grundstücken, gerechnet von der Übergabe an. Hat aber derjenige, der den fehlerhaften Tauschgegenstand geliefert hat, den Mangel arglistig verschwiegen, so tritt nach § 195 BGB. die regelmäßige Verjährungsfrist von 30 Jahren ein. Zulässig ist nach § 477, Abs. 1, Satz 2, eine Verlängerung der Verjährungsfrist durch Vertrag, eine Bestimmung, die den Bedürfnissen des Verkehrs entsprungen ist. (Mot. II, 240.) Die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährungsfrist richtet sich in der Regel nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 202 ff. BGB. Außerdem bestimmt aber Abs. 2, Satz 1, § 477, daß die Verjährungsfrist unterbrochen wird, wenn der Minderungsberechtigte gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt, und daß für diesen Fall die Unterbrechung bis zur Beendigung des Verfahrens fortdauert. Die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung des Minderungsanspruchs bewirkt zugleich die Hemmung oder

Unterbrechung der Verjährung eines etwa bestehenden Wandelungs- oder Schadensersatzanspruchs.

g) Geltendmachung des Minderungsanspruchs im Wege der Einrede nach Vollendung der Verjährung.

Ist der Anspruch auf Minderung verjährt, so kann ihn der Minderungsberechtigte im Wege der Klage nicht mehr geltend machen. Doch kann der Minderungsberechtigte auch nach der Vollendung der Verjährung beim Kaufe die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als er auf Grund der Minderung dazu berechtigt sein würde, aber nur, wenn er dem Gegner den Mangel angezeigt oder die Anzeige an ihn abgesandt hat, bevor der Anspruch verjährt war. Die Anwendung dieser Vorschrift auf den Tausch ist wohl möglich. Die Parteien A. und B. haben z. B. vereinbart, daß die Leistung des A. in dem Vertausch seines Stadthauses und in einer Zugabe von 1000 Pflastersteinen, die des B. in der Hingabe eines Steinbruchs bestehen soll. Der Steinbruch erweist sich als fehlerhaft und der A. hat die Pflastersteine noch nicht geliefert. Dann wird er auch nach Verjährung des Minderungsanspruchs wegen des mangelhaften Steinbruchs die Lieferung der Steine, die noch nicht erfolgt ist, zurückhalten können, wenn er dem Gegner den Mangel angezeigt oder die Anzeige an ihn abgesandt hat (§ 478, Satz 1). Das gleiche gilt, wenn der Minderungsberechtigte vor der Vollendung der Verjährung gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt oder in einem zwischen ihm und einem späteren Erwerber der Sache wegen des Mangels anhängigen Rechtsstreite dem Minderungsverpflichteten den Streit verkündet hat. Arglist des Minderungsverpflichteten enthebt den Berechtigten von der Pflicht, die vorbezeichneten Handlungen vorzunehmen.

h) Minderung bei besonderen Arten des Tausches.

Im Gegensatz zu dem früheren Recht ist nach § 487 BGB. beim Viehtausch eine Minderung ausgeschlossen.

Diese Regelung ist dem praktischen Gesichtspunkte entsprungen, die bei lebenden Tieren der Natur der Sache nach leicht möglichen unsicheren Schätzungen zu vermeiden[1]).

Da bei einem Tausche nach Probe oder nach Muster die Eigenschaften der Probe oder des Musters als zugesichert gelten (§ 494), kann der Nehmer Minderung verlangen, wenn nicht probemäßig geliefert worden ist (§ 459, Abs. 2, § 462[2]).

Bei einem Erbschaftstausche, der nach § 2385 BGB., Abs. 1 dem Erbschaftskaufe entsprechend zu behandeln ist[3]), entfällt nach § 2376, Abs. 2, die Sachmängelhaftung überhaupt, mithin auch die Minderung.

Das Handelsgesetzbuch kennt den Begriff des Handelstausches nicht. Unter Handelstausch wird man einen Vertrag zu verstehen haben, der seitens der Vertragsschließenden ein Handelsgeschäft ist und dessen Gegenstand auf beiden Seiten Sachen des Handelsverkehrs, Waren oder Wertpapiere, sind[4]). Entsprechend der Bestimmung des § 515 BGB., daß auf den Tausch die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung finden, wird man annehmen können, daß auf den Handelstausch die Vorschriften über den Handelskauf entsprechend anzuwenden sind. Für den Fall, daß der Handelstausch nur auf einer Seite Handelsgeschäft ist, gibt das Handelsgesetzbuch keine besonderen Vorschriften über die Gewährleistung. Es kommen dann nach Art. 2 EG. z. HGB. die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs §§ 459 ff. zur Anwendung. Für einen Tauschvertrag, der für beide Teile Handelsgeschäft ist, fordert der § 377 HGB. die Pflicht zur unverzüglichen Nachprüfung der empfangenen Waren und unverzügliche Mängelrüge. Bei Versäumung der Anzeigepflicht gilt die Ware als genehmigt und der Empfänger verliert die ihm

---

1) Prot. I, S. 740.

2) Staudinger, Anm. 1a und g zu § 494.

3) Staudinger 3./4. Aufl. 09, 5. Bd., Erbrecht, Anm. 1b zu § 2385.

4) Staub, Komm. z. HGB., 2. Bd. 1907, S. 1436, Exkurs v. § 373, Anm. 2.

zustehenden Rechte, die sich nach den Vorschriften des BGB. bestimmen. In jedem Falle kommen die Vorschriften des BGB. ausschließlich zur Anwendung, wenn das Handelsgeschäft in einem Viehtausch besteht und Gewährleistungsansprüche erhoben werden (§ 382 HGB).

i) Die prozessuale Geltendmachung des Minderungsanspruches.

Für die Minderungsklage ist nach § 29 der ZPO. der Erfüllungsort der Minderung maßgebend für den Gerichtsstand. Die Form des Klageantrags ist bereits oben besprochen. Der Minderungskläger hat die beanspruchte Summe ziffernmäßig anzugeben. Da es, wie unsere Darlegungen gezeigt haben, leicht möglich ist, daß der Kläger eine unrichtige Berechnung aufstellt, so wird es sich für denselben empfehlen, zunächst eine bestimmte Summe einzuklagen, daneben aber einen Eventualantrag zu stellen auf einen nach den §§ 472, 473 BGB. zu bestimmenden Betrag. Die Beweislast für die Voraussetzungen des Minderungsanspruchs und für seine Höhe trifft den Kläger[1]). Stellt sich während des Schwebens eines über einen Minderungsanspruch anhängigen Rechtsstreits ein zweiter Mangel heraus, so wird die Frage, ob dessen Geltendmachung in demselben Prozesse möglich ist, davon abhängen, ob hierin eine Änderung des Klaggrundes zu erblicken ist. In der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB.[2]) war beantragt worden, aus Zweckmäßigkeitsgründen eine solche Geltendmachung in demselben Prozesse zuzulassen und eine ausdrückliche Bestimmung im Gesetze zu treffen, daß hierin eine Klageänderung nicht zu erblicken sei. Die Kommission lehnte diesen Antrag ab. Es dürfte daher anzunehmen sein, daß eine Klageänderung vorliegt, wenn in demselben Prozeß ein neuer Mangel geltend gemacht wird. Infolgedessen richtet sich die Zulässigkeit einer solchen Geltendmachung nach § 264 der ZPO.

---

1) (§ 363 BGB.) Fischer-Henle, Anm. 10 zu § 459, Urt. d. RG. v. 30. 4. 1904, Entsch. i. Z., 57. Bd. S. 399.

2) Prot. I, S. 699.

Lebenslauf.

Am 15. Oktober 1887 wurde ich, Alfred Wiener, zu Lauban als Sohn des Königlichen Eisenbahnbetriebssekretärs Bruno Wiener und seiner am 18. März 1894 verstorbenen Ehefrau Maria, geb. Kühn, geboren. Ich bin katholischer Konfession und preußischer Staatsangehöriger. Von Ostern 1898 ab besuchte ich das Königliche König-Wilhelms-Gymnasium zu Breslau, das ich Ostern 1907 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Dann studierte ich in Breslau 7 Semester Rechts- und Staatswissenschaften und hörte Vorlesungen bei den Herren Dozenten: Brie, Buch, Dahn, Dierschke, Ebers, Engelmann, Fischer, Gretener, Heilborn, Klingmüller, Kühnemann, Leonhard, Meyer, Nikel, Schott, von Wenckstern, Wolf.

Am 22. Mai 1911 bestand ich vor der Prüfungskommission des Königlichen Oberlandesgerichts Breslau die erste juristische Prüfung und am 1. Juni 1911 vor der juristischen Fakultät der Universität Breslau das examen rigorosum.

Am 6. Juni 1911 wurde ich in Löwen in Schlesien als Referendar vereidigt und war bis zum 1. Oktober 1911 dem Kgl. Amtsgericht daselbst zur Ausbildung überwiesen.

Gegenwärtig genüge ich meiner Militärpflicht als Einjährig-Freiwilliger des Füsilier-Regiments Generalfeldmarschall Graf Moltke (Schles.) Nr. 38 in Glatz.

Herrn Professor Dr. Schott spreche ich für seine Unterstützung bei Abfassung der Arbeit meinen ergebensten Dank aus.

Lebenslauf.